

Sygn. akt: KIO 1828/12

WYROK
z dnia 11 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 września 2012 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 sierpnia 2012 r.** przez wykonawcę **ASAJ Sp. z o.o., ul. K. Przerwy-Tetmajera 1, 08-110 Siedlce** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe SA, Centrala Biuro Logistyki, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **ES - SYSTEM SA z siedzibą w Krakowie, ul. Przemysłowa 2, Oddział w Warszawie, ul. Jagiellońska 78, 03-301 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1828/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **ASAJ Sp. z o.o., ul. K. Przerwy-Tetmajera 1, 08-110 Siedlce** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ASAJ Sp. z o.o., ul. K. Przerwy-Tetmajera 1, 08-110 Siedlce** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza zapłatę kwoty w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **ASAJ Sp. z o.o., ul. K. Przerwy-Tetmajera 1, 08-110 Siedlce** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe SA, Centrala Biuro Logistyki, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**, która to kwota stanowi koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 1825/12

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego z możliwością składania ofert częściowych pn: „*Dostawa opraw oświetleniowych wraz ze źródłami światła do PKP Polskie Linie Kolejowe S. A., nr postępowania ILG2d-9021-3-01/12*”, zostało wszczęte przez PKP Polskie Linie Kolejowe SA, Centrala Biuro Logistyki, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa zwany dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2012/S 120-199649 z dnia 26.06.2012 r.

W dniu 17.08.2012 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy: ES - SYSTEM SA z siedzibą w Krakowie, ul. Przemysłowa 2, Oddział w Warszawie, ul. Jagiellońska 78, 03-301 Warszawa zwana dalej: „*ES - SYSTEM SA*” albo „*Przystępującym*” oraz o odrzuceniu oferty firmy ASAJ Sp. z o.o., ul. K. Przerwy-Tetmajera 1, 08-110 Siedlce zwanej dalej: „*ASAJ Sp. z o.o.*” albo „*Odwołującym*”. Zamawiający wskazał, że oferowana oprawa oświetleniowa nie spełnia wymagań określonych w Roz. IV zadanie 1 pkt 7 SIWZ gdyż Zamawiający wymagał, aby uchwyty montażowe umożliwiały mocowanie oprawy bezpośrednio na słupie lub poziomym wysięgniku o średnicy 42÷60 mm.

W dniu 27.08.2012 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) wpłynęło na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” odwołanie ASAJ Sp. z o.o. względem zadania 1. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 27.08.2012 r. (faxem). Odwołanie zostało złożone wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego, zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ES-SYSTEM S.A. i wyboru oferty najkorzystniejszej. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty, której treść zgodna jest z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia
2. art.87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty
3. art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ES-SYSTEM S.A. o treści sprzecznej z SIWZ,
4. art. 7 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej

i uznanie za najkorzystniejszą oferty wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona.

Wnosił o:

1. Uwzględnienie odwołania.
2. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty firmy ES-SYSTEM S.A. jako najkorzystniejszej
3. Nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
4. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W ocenie Odwołującego, jego oferta spełnia wymagania określone w Rozdz. IV pkt 7 SIWZ, tj. oferowane do wykonania przedmiotu zamówienia oprawy Selenium SGP340 FG są wyposażone w standardowe dla rynku polskiego mocowanie o nazwie 48/60, umożliwiające montaż oprawy na słupie lub poziomym wysięgniku o średnicy 48-60 mm oraz posiadają dodatkowe uchwyty montażowe umożliwiające mocowanie oprawy bezpośrednio na słupie lub poziomym wysięgniku dostępnym na rynku europejskim o średnicy 34-76 mm, zatem wymagany przez Zamawiającego w rozdz. IV pkt 7 SIWZ wymóg został spełniony. Poza tym podkreślił, że zaoferowane mocowanie o nazwie 48/60 mieści się w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w SIWZ (42-60 mm) i spełnia oczekiwania Zamawiającego. Mając na uwadze treść art.29 Pzp Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Skoro w przeszłości w przypadku zamówienia realizowanego przez Philips Lighting Poland S.A. na potrzeby PLK S.A. w 2009 roku (w ramach analogicznego postępowania, o takich samych wymaganiach technicznych dot. montażu na wysięgnikach i słupach) Philips Lighting Poland S.A. dostarczył 100% opraw wyposażonych w mocowanie o nazwie 48/60 i wtedy Zamawiający uznał je za spełniające wymogi techniczne, to Odwołujący nie może ponosić ujemnych konsekwencji opisu zamówienia i jego pojmowania przez Zamawiającego. Po drugie skoro obecnie Zamawiający uważa zakres mocowania 48-60 za niewystarczający, to nic nie stoi na przeszkodzie, aby do montażu wykorzystać uchwyt dodatkowy o średnicy 34 - 76 mm dostępny wraz z oprawą zaoferowaną przez Zamawiającego. Z ugruntowanego orzecznictwa KIO w podobnych sprawach wynika, że Zamawiający mając wątpliwości odnośnie oferty Odwołującego powinien wezwać firmę ASAJ sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień odnośnie oferty, czego jednak nie uczynił i odrzucił złożoną przez Odwołującego ofertę z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ (wyrok KIO z dnia 01.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1027/12; wyrok KIO z dnia 27.04.2012 r., sygn. akt: KIO 757/12). Gdyby Zamawiający zastosował się do normy prawnej zawartej w art. 87 ust. 1 Pzp i wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień ten przedstawiłby oświadczenie producenta opraw oświetleniowych ponieważ zgodnie z orzecznictwem KIO (wyroki KIO o sygn. akt: 979/12; KIO 980/12; KIO 979/12; KIO 980/12) „*Materiały informacyjne, w tym karty*

katalogowe producenta, nie tworzą treści oferty, składane są jedynie na potwierdzenie deklarowanych właściwości oferowanych wyrobów, dlatego, w przeciwieństwie do dokumentów obejmujących treść oferty, art. 26 ust. 3 p.z.p. dopuszcza uzupełnianie tego rodzaju dokumentów.” i oferta spółki ASAJ sp. z o. o. nie została odrzucona jako niezgodna z SIWZ. W tym stanie rzeczy w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Odwołujący przedkłada oświadczenie producenta opraw oświetleniowych Philips Lighting Poland S.A. na potwierdzenie, że oferta jego zgodna jest z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SIWZ. Przywołał dowody: 1) oświadczenie Philips Lighting Poland S.A. producenta oprawy Selenium SGP340 FG, 2) SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego nr ILG2d-9021-3-01/12. 3) Oferta wyłoniona przez Zamawiającego w postępowaniu nr ILG2d-9021-3-01/12.

Ponadto w prowadzonym postępowaniu Zamawiający wybrał ofertę firmy ES SYSTEM S.A., jako ofertę najkorzystniejszą. Tymczasem treść wybranej oferty nie odpowiada treści SIWZ, a zatem oferta ta winna zostać odrzucona. W Rozdz IV. Zadanie 1 pkt 5 Zamawiający wymaga, aby kąt rozsyłu strumienia światła w płaszczyźnie optycznej $C_0 - C_{180}$ był symetryczny, a maksimum światłości przypadło w granicach $60^\circ - 80^\circ$. Wykonawca ES SYSTEM S.A. zaoferował oprawę BOY 3 S70 o maximum światłości przypadające w granicach $45^\circ - 60^\circ$, co jest niezgodne z powołanym wyżej wymogiem SIWZ. Pomimo wykazanej niezgodności Zamawiający wybrał tą ofertę jako ofertę najkorzystniejszą. Przywołał dowody: 1) Zdjęcie fragmentu oferty ES SYSTEM S.A. wykonane w dniu 20.08.2012 r., 2) Grafikę opracowaną na podstawie załączonego zdjęcia obrazującą niezgodność oferowanej oprawy z wymaganiami SIWZ, 3) SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego nr ILG2d-9021-3-01/12.

W tym stanie rzeczy, w ocenie Odwołującego dokonanie przez Zamawiającego czynności wyboru oferty firmy ES SYSTEM S. A. rażąco narusza przepisy Pzp, w tym w szczególności art. 7 ust. 1 i 3 poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji, bowiem gdyby Zamawiający w sposób prawidłowy i obiektywny ocenił treść dokumentów złożonych przez tego Wykonawcę ES SYSTEM S. A. powinien odrzucić jego ofertę, jaką sprzeczną z ustawą i z SIWZ. Nadto zaś w przypadku prawidłowej oceny ofert - to oferta Odwołującego winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. W świetle powyższego, mając na uwadze powołane argumenty oraz naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp 7 ust. 3 Pzp bezspornie odwołanie niniejsze powinno zostać uwzględnione.

Zamawiający w dniu 27.08.2012 r. wezwał (faxem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 30.08.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego ES - SYSTEM SA. Kopia ogłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwoływającemu.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutów stawianych Zamawiającemu wobec oferty Odwoływającego, godzi się wskazać, co następuje.

W ramach przetargu Odwoływający zaoferował m. in. dostawę opraw oświetleniowych wraz z uchwytyami montażowymi umożliwiającymi mocowanie oprawy na słupie lub poziomym wysięgniku o średnicy 48-60 mm, podczas gdy warunkiem uznania oferty za zgodną z SIWZ była możliwość mocowania na wysięgniku o średnicy od 42-60 mm. Odwoływający podniósł, że co prawda zaproponowane przez niego oprawy rzeczywiście wyposażone są w uchwyty o średnicy mniejszej niż wskazana w SIWZ, niemniej jednak oprawy te posiadają dodatkowe uchwyty montażowe, umożliwiające mocowanie oprawy bezpośrednio na słupie lub poziomym wysięgniku dostępnym na rynku europejskim o średnicy 34-76 mm, a zatem- zdaniem Odwoływającego- wymóg wskazany w IV pkt 7 SIWZ został spełniony. Odwoływający wskazał, że nie może on ponosić ujemnych konsekwencji opisu zamówienia i jego pojmowania przez Zamawiającego, a nadto - że to Zamawiający mając jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty złożonej przez Odwoływającego, winien był wezwać spółkę ASAJ sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień odnośnie oferty, zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp, nie zaś stosować sankcję odrzucenia oferty z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp). Przywołał jako dowód: odwołanie Wykonawcy z dnia 27.08.2012 r.

Przystępujący podnosi, że przedmiot zamówienia w postępowaniu przetargowym numer ILG2d-9021-3-01/12 został przez Zamawiającego opisany zgodnie z wymogami Ustawy, w szczególności jej art. 29 Pzp, tj. w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Nie sposób stawiać bowiem zarzutu Zamawiającemu, dla którego istotnym warunkiem zamówienia była możliwość mocowania opraw na wysięgniku o średnicy od 42-60 mm, iż odrzucił ofertę Odwoływającego o parametrach odbiegających od żądanych, tj. 48-60 mm. Zaiste, art. 87 ust. 1 Pzp przewiduje możliwość żądania przez Zamawiającego od wykonawców wyjaśnień odnoszących się co do treści złożonych ofert, jednak już z samej - treści powołanego przepisu wynika, że jest to uprawnienie Zamawiającego. W orzecznictwie podnosi się, że w przypadku, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy, Zamawiający winien zwrócić się z żądaniem wyjaśnień, niemniej jednak żadna ze wskazanych okoliczności nie zaistniała w toku przedmiotowego postępowania przetargowego. Odwoływający się nie wskazał bowiem w odwołaniu, że jego oferta zawierała informację o możliwości zastosowania

dodatkowych mocowań, czyli dodatkowego produktu, czy elementu który musi zostać zamontowany, aby produkt podstawowy mógł zostać przykręcony do wysięgnika. Z odwołania wynika, że Zamawiający, który otrzymał ofertę zawierającą parametr techniczny niespełniający wymagań SIWZ powinien poprosić Odwołującego o wyjaśnienia. W ocenie Przystępującego, skoro rozbieżność była ewidentna, to ofertę należało odrzucić. Przedstawienie oferty zgodnej z SIWZ było obowiązkiem Odwołującego. Z kolei Zamawiający nie ma obowiązku zastanawiać się, dlaczego dany wykonawca składa ofertę, która jest niezgodna z wymaganiami SIWZ. Praktyka taka nie jest zabroniona, wszakże wykonawca musi się liczyć z negatywnymi konsekwencjami takiego działania. Późniejsze wyjaśnienia, iż przecież można zastosować dodatkowy element, stanowią de facto zmianę oferty. Nie jest to uzupełnienie oferty o informacje, a jej zmiana. Gdyby bowiem w podobnych przypadkach zaakceptować stanowisko Odwołującego, doszłoby do absurdu, bowiem w niedługim czasie pojawiałyby się plaga takich postępowań, w których podmioty składające oferty niespełniające wymagań SIWZ uzupełniałyby oferty informując, że wystarczy dodać np. określonej substancji i zostanie osiągnięty efekt przewidziany SIWZ w danej sytuacji. Taka sytuacja byłaby bardzo groźna bowiem prowadziłyby do absurdu. Można sobie wyobrazić potencjalne stany faktyczne, bo jeśli np. dany kolor nie odpowiadałby SIWZ oferenci mogliby twierdzić, że wystarczy go rozjaśnić lub przyciemnić i zostanie osiągnięty parametr przewidziany SIWZ. Taka sytuacja jest nie do zaakceptowania i moment złożenia oferty powinien być momentem, w którym następuje „*stabilizacja*” cech/parametrów produktu i albo produkt opisany w ofercie je spełnia, albo nie spełnia i aby je zaczął spełniać konieczne jest wykonanie określonych czynności dodatkowych, które, jak wynika z treści odwołania, nie zostały wskazane w ofercie Odwołującego. Skoro zatem Zamawiający w sposób precyzyjny określił przedmiot i istotne warunki zamówienia, zaś oferta Odwołującego tychże warunków nie spełniała, podlegała ona odrzuceniu na zasadzie art. 89 ust. 1 Pzp. Przechodząc zaś do analizy zarzutów stawianych przez Odwołującego ofercie Przystępującego należy podnieść, iż są one bezpodstawne i jako takie nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołujący zarzuca, iż natężenie światła w zaproponowanych przez Przystępującego oprawach nie spełnia warunków określonych w SIWZ i zgodnie z diagramem prezentującym krzywą rozsyłu światła mieści się w przedziale od 45° - 60°, podczas gdy natężenie maksymalne wymagane w SIWZ powinno mieścić się w przedziale od 60° - 80°. Twierdzenia swe Odwołujący opiera dokumentację przetargową, obrazującą biegunowy rozsył światłości oprawy BOY3.S.70 stworzony w programie DIALUX. W rzeczywistości prezentowany wykres nie może służyć do precyzyjnego wyznaczania maksymalnej światłości oprawy, a jedynie w sposób orientacyjny określa kształt krzywej światłości realizowany przez oprawę. Należy pamiętać, że program DIALUX rysując

poglądowy biegunowy wykres światłości opiera się o znacznie rozrzedzoną siatkę wartości w stosunku do pełnych informacji na temat rozsyłu światłości oprawy, umieszczonych w pliku danych fotometrycznych oprawy. Tym samym na wykresie zdarza mu się pomijać lokalne maksima, choć prawidłowo dokonana przez fachowca w tym konkretnym przypadku interpretacja krzywej rozsyłu ujętej w diagramie musi prowadzić do wniosku, że maksymalne natężenie osiąga się na poziomie $62,5^\circ$. Przystępujący wskazuje, że niestety w opcjach programu DIALUX nie można wymóc wykorzystywania pełnych danych fotometrycznych do rysowania wykresu światłości, dlatego też dla osób nie posiadających fachowej wiedzy wykres może budzić wątpliwości, co nie zdarza się w przypadku osób posiadających wiedzę (a niekoniecznie uprawnienia) w zakresie dokonywania oceny poziomu natężenia światła. Jeśli ktoś miałby wątpliwości, co nie miało jak widać miejsca w tym konkretnym przypadku ze strony Zamawiającego, to wówczas wątpliwości rozwiewa analiza danych tabelarycznych zawartych w tabeli mocy światła, która jest pierwotna w stosunku do diagramu (rysunek z krzywą rozsyłu) i która stanowi podstawę dla wykonania, z pewnością mniej dokładnego, rysunku. Wykazuje ona, że proponowana przez Przystępującego oprawa spełnia wymogi SIWZ, osiągając maksimum światłości dla $62,5^\circ$ w płaszczyźnie $C_0 - C_{180}$. Na marginesie Przystępujący wskazuje, że oprawa BOY3.S.70 posiada szeroki zakres regulacji położenia źródła światła i odbłyśnika, co ma wpływ na realizowany wykres światłości, pozwalając na modyfikację maksymalnego poziomu światłości w określonym punkcie płaszczyzny. Regulacja ta odbywa się bez żadnej ingerencji w konstrukcję oprawy i nie wymaga dodatkowego wyposażenia (tzw. adjustable lighting), a ponadto rozwiązanie takie jest powszechnie stosowane przez producentów i wie o tym także Odwołujący się, który będąc dystrybutorem holenderskiej firmy Philips ma doskonałą orientację, że jej polski konkurent, firma ES - SYSTEM SA również takie rozwiązanie przewidziała. Trudno zatem inaczej odbierać działania Odwołującego niż próbą opóźnienia zawarcia umowy z Przystępującym. Przywołał jak dowód: 1) Krzywa rozsyłu światła (biegunowo) BOY3.S.70, 2) Tabela mocy światła BOY3.S.70.

Należy także odnieść się do porównania zarzutów stawianych ofercie Odwołującego oraz ofercie Przystępującego. Z porównania tego jednoznacznie wynika, że produkt Odwołującego przedstawiony w ofercie nie spełniał wymagań SIWZ i aby zaczął je spełniać konieczne jest podjęcie dodatkowych czynności, które, jak wynika z odwołania, nie zostały opisane w SIWZ. Z kolei produkt przedstawiony w ofercie przez Przystępującego od początku wymagania SIWZ spełniał, a jedynie interpretacja „rysunków z krzywą rozsyłu”, sporządzonych w programie DIALUX, dokonana przez osoby nie cechujące się fachową wiedzą mogłaby doprowadzić do powstania wątpliwości wymagających zwrócenia się do oferenta o ich wyjaśnienie. Nie zmieniłoby to faktu, że po dokonaniu wyjaśnienia i porównaniu rysunku z danymi tabelarycznymi (będącymi podstawą dla sporządzenia często

niezbyt dokładnego rysunku), nawet osoba nie posiadająca fachowej wiedzy musiałaby dojść do wniosku, że produkt oferowany przez Przystępującego wymagania spełnia SIWZ. Skoro wątpliwości nie powstały, należy przyjąć, że nie było podstaw do wzywania o udzielenie wyjaśnień. Biorąc pod uwagę powyższe nieuzasadnionym jest żądanie Odwołującego odrzucenia oferty Przystępującego jako sprzecznej z wymogami SIWZ, skoro, jak zostało wykazane, jest ona jasna, jednoznaczna, niesprzeczna i w pełni zgodna z treścią SIWZ.

W dniu 10.09.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosilo o odrzucenie tudzież oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu i Przystępującemu.

Odnosnie wniosku o odrzucenie odwołania. Odwołujący nie dopełnił ciążącego na nim obowiązku przekazania Zamawiającemu kopii odwołania. Zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp wykonawca wnoszący odwołanie zobligowany jest przesłać jego kopię zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. W stanie faktycznym sprawy do Zamawiającego została przesłana kopia zasadniczej części odwołania, obejmująca strony od 1 do 7, kończącej się listą siedmiu załączników:

- Załącznik nr 1 - dowód uiszczenia wpisu,
- Załącznik nr 2 - kopia pisma informującego Zamawiającego o wniesionym odwołaniu wraz z potwierdzeniem odbioru,
- aktualny odpis z rejestru przedsiębiorców KRS,
- oświadczenie Phillips Lighting Poland S.A. producenta oprawy Selenium SGP340-FG,
- SIWZ,
- zdjęcie fragmentu oferty ES-SYSTEM S.A. wykonane w dniu 20 sierpnia 2012 r.,
- grafika opracowana na podstawie załączonego zdjęcia obrazująca niezgodność oferowanej oprawy z wymaganiami SIWZ. Żaden z wymienionych przez Odwołującego załączników do Zamawiającego przekazany nie został. Tymczasem zwrócić należy uwagę, że o ile część dokumentów została załączona do odwołania tylko w celu potwierdzenia wymogów formalnych, o tyle pozostałe z nich mają już stricte merytoryczny charakter i zawierają argumentację powoływaną na potwierdzenie zasadności podniesionych przez Odwołującego zarzutów. Stąd też uprawnione jest twierdzenie, iż tego rodzaju dokumenty - choć redakcyjnie wyodrębnione i umieszczone w załączniku - stanowią element konstytuujący treść odwołania. Załączniki te wskazują bowiem okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania - a zatem, jako ustawowo określony składnik odwołania zgodnie z art. 180 ust. 3 Pzp, winny być uznane za jego merytoryczną część. Dwa spośród dokumentów załączonych do odwołania - tj. oświadczenie Phillips Lighting Poland

S.A. oraz grafika opracowana na podstawie fragmentu oferty Przystępującego - stanowią podstawę zarzutów sformułowanych w odwołaniu. Poprzez odniesienie się do treści tych właśnie załączników Odwołujący stara się wykazać, że zaoferowane przez niego oprawy oświetleniowe są zgodne z wymogami SIWZ, zaś oprawy proponowane przez Przystępującego z tymi wymogami nie korespondowały. Biorąc pod uwagę, iż treść powyższych załączników nie jest Zamawiającemu znana, zaniechanie ich przekazania przez Odwołującego wraz z zasadniczą częścią Odwołania w terminie określonym w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp pozbawiło Zamawiającego możliwości dokonania merytorycznej oceny podniesionych zarzutów. Zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa KIO, przewidziany w art. 180 ust. 5 Pzp obowiązek przekazania Zamawiającemu kopii odwołania posiada walor nie tylko informacyjny. Z uwagi na przewidzianą w art. 186 ust. 2 i 3 Pzp możliwość uwzględnienia zarzutów odwołania, zapoznanie się z całością merytorycznego stanowiska odwołującego ma istotne znaczenie. Tylko poznanie całości wskazanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych oraz dowodów powołanych na etapie wnoszenia odwołania pozwala bowiem na prawidłową ocenę zarzutów. W wyniku dokonanej analizy zamawiający może uwzględnić zarzuty odwołania albo przygotować stanowisko zmierzające do ich oddalenia, zaś wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą podjąć decyzję o przystąpieniu oraz o ewentualnym sprzeciwie wobec uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego (*por. uzasadnienie postanowienia KIO z dnia 20.10.2011 r. sygn. akt: KIO 2169/11, podobnie w uzasadnieniu postanowienia Izby z dnia 24.06.2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 1129/10 oraz postanowienia z dnia 04.05.2011 r. sygn. akt: KIO 833/11*). Brak załączenia do odwołania oświadczenia producenta oprawy oświetleniowej Selenium SGP340 FG uniemożliwia dokonanie weryfikacji twierdzenia Odwołującego, jakoby produkt ten posiadał dodatkowy system mocowania zgodny z zapisami SIWZ. Nie jest możliwe także ustalenie, czy ewentualnie takie dodatkowe mocowanie byłoby standardowym elementem oprawy Selenium SGP340 FG, czy też musiałoby zostać przez Zamawiającego zakupione dodatkowo. Wobec zaś zaniechania przekazania Zamawiającemu grafiki obrazującej niezgodność oprawy zaoferowanej przez Przystępującego z wymaganiami SIWZ nie jest możliwa ocena argumentacji, która miałaby przemawiać za przyjęciem braku spełnienia wymogu dotyczącego maksimum światłości w granicach 45° - 60°. Nie zostało również przekazane Zamawiającemu zdjęcie fragmentu oferty Przystępującego, z którego Odwołujący wywodzi tezę o niezgodności tej oferty z SIWZ. W tym kontekście zwrócić należy uwagę, że Zamawiający dysponuje pełną ofertą Przystępującego. W jego posiadaniu jest zatem także i fragment powołany jako dowód przez Odwołującego. Niemniej jednak, wobec braku sprecyzowania w treści Odwołania, który to fragment oferty Przystępującego został przez Odwołującego zakwestionowany, jego zidentyfikowanie zostało pozostawione domysłom Zamawiającego. Powyższe w istotny sposób utrudnia Zamawiającemu rzetelne

ustosunkowanie się do sformułowanego w Odwołaniu zarzutu. Opisane powyżej zaniechania Odwołującego w zakresie przekazania wszystkich merytorycznych załączników do Odwołania doprowadziły do sytuacji, w której Zamawiający musi de facto we własnym zakresie domniemywać, jakie argumenty i jakie dowody doprowadziły Odwołującego do wniosków o zgodności jego oferty oraz niezgodności oferty Przystępującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powyższe w istotny sposób narusza równość stron w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz zasadę lojalności procesowej wobec strony przeciwnej. W tym stanie rzeczy uzasadnionym jest stwierdzenie, że Odwołanie - jako niekompletne - zostało przekazane Zamawiającemu z naruszeniem art. 180 ust. 5 Pzp. Okoliczność ta winna prowadzić do odrzucenia odwołania - w myśl dyspozycji art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp (*por. również uzasadnienia postanowień KIO: z dnia 16.03.2011 r. sygn. akt: KIO 480/11, z dnia 24.06.2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 1129/10, z dnia 18.07.2011 r. sygn. akt: KIO 1437/11, z dnia 14.04.2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 439/10, z dnia 01.06.2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 909/10, z dnia 17.06.2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 1091/10*).

Odnosnie wniosku o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał, że wszystkie zarzuty podniesione w Odwołaniu winny zostać oddalone jako bezzasadne.

Względem zarzut dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego. Podstawą zarzutu dotyczącego bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego jest twierdzenie, iż zaproponowane przez Odwołującego oprawy oświetleniowe Selenium SGP340-FG posiadają dodatkowe uchwyty montażowe, umożliwiające mocowanie oprawy bezpośrednio na słupie lub poziomym wysięgniku o średnicy 34 - 76 mm. Zwrócił uwagę, iż powyższa okoliczność nie znajduje odzwierciedlenia w treści oferty złożonej przez Odwołującego. Jak wynika z zapisów znajdujących się na 26 stronie tej oferty, a dotyczących parametrów konstrukcyjnych oferowanej oprawy Selenium SGP340-SON-T70W FG SKD 48/60, oprawa ta posiada tylko jeden system montażu - tj. system montażu 48/60 (uniwersalny o średnicy 48-60 mm). Brak jest natomiast w jakiegokolwiek części oferty zapisów wskazujących na posiadanie przez zaoferowaną oprawę oświetleniową dodatkowego uchwyty mocującego umożliwiającego jej mocowanie na słupach lub wysięgnikach o średnicy 34 - 76 mm. Wobec powyższego należy uznać, że zaoferowana przez Odwołującego w ramach zadania nr 1 oprawa oświetleniowa Selenium SGP340 nie posiada dodatkowego uchwyty montażowego. Oświadczenie woli Odwołującego w jego ofercie wyrażone nie obejmuje swym zakresem zobowiązania do dostarczenia takiej oprawy oświetleniowej, która w dodatkowy uchwyt montażowy byłaby wyposażona. Oznacza to, że wyrażone w ofercie oświadczenie woli nie koresponduje z postanowieniami SIWZ - a zatem oferta Odwołującego jest z treścią SIWZ niezgodna. Nie można również zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, jakoby o zgodności jego oferty z wymaganiem SIWZ dotyczącym montażu opraw oświetleniowych świadczyła okoliczność, iż zakres średnicy 48-60 mieści się w wymaganym przez

Zamawiającego przedziale od 42 do 60 mm. Dla Zamawiającego było bowiem istotne, aby oferowane oprawy mogły być montowane na słupach oraz wysięgnikach o średnicy mieszczącej się w całym wymaganym zakresie, tj. od 42 do 60 mm. Zaoferowanie przez Odwołującego oprawy oświetleniowej, która może być zamontowana jedynie na słupach o średnicy od 48 do 60 mm jest bowiem równoznaczne z brakiem możliwości jej zamontowania na słupach i wysięgnikach o średnicy od 42 do 47 mm. W tym zatem zakresie system montażowy oprawy oświetleniowej Selenium SGP340 nie jest zgodny z wymaganiem zapisanym w Rozdz. IV zadanie 1 pkt 7 SIWZ. Dla oceny prawidłowości odrzucenia oferty Odwołującego nie mają również znaczenia argumenty dotyczące dopuszczenia przez Zamawiającego opraw oświetleniowych posiadających mocowanie 48/60 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym uprzednio. Fakt ten w żaden sposób nie może determinować przebiegu postępowania późniejszego - gdyż każde z postępowań jest prowadzone odrębnie. Wymagania Zamawiającego określone w innym postępowaniu oraz sposób dokonywania oceny ich spełniania, na kolejne postępowania prowadzone przez Zamawiającego rzutować w żaden sposób nie mogą.

Odnosnie zarzut dotyczący zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Odwołujący podniósł, iż przed odrzuceniem jego oferty Zamawiający był obowiązany wezwać go do Odwołujący podnosi w Odwołaniu, iż przed odrzuceniem jego oferty Zamawiający obowiązany był wezwać go do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. Powyższe stanowisko jest jednak błędne. Przewidziana w art. 87 ust. 1 Pzp instytucja wyjaśnienia treści oferty nie służy bowiem konwalidowaniu braków złożonej oferty lub też dokonywaniu zmiany jednoznacznych jej zapisów, lecz ma na celu jedynie usunięcie wątpliwości, które mogłyby wzbudzić u zamawiającego niejasne lub sprzeczne ze sobą fragmenty oferty. Zastosowanie dyspozycji art. 87 ust. 1 Pzp nie jest warunkiem koniecznym dla późniejszego odrzucenia oferty wykonawcy jako niezgodnej z treścią SIWZ. Przepis ten winien być stosowany jedynie wówczas, gdy wątpliwości dotyczące oferty rzeczywiście u zamawiającego powstaną. W sytuacji zaś, gdy zdaniem zamawiającego niezgodność na podstawie dokumentów załączonych do oferty jest ewidentna, wzywianie wykonawcy do składania wyjaśnień należy uznać za bezcelowe (*por. uzasadnienie wyroku KIO z dnia 22.07.2011 r. sygn. akt KIO 1462/11*). W tym kontekście zauważył, że treść oferty Odwołującego nie dawała podstaw do zastosowania dyspozycji art. 87 ust. 1 Pzp. Brak jest wśród jej zapisów jakichkolwiek informacji, które mogłyby powodować wątpliwości co do tego, czy oprawy oświetleniowe Selenium SGP340 posiadają dodatkowe uchwyty montażowe. Wręcz przeciwnie - jednoznaczne i niebudzące wątpliwości interpretacyjnych zapisy umieszczone na stronie 26 oferty Odwołującego wyraźnie wskazują, iż zaoferowana oprawa posiada wyłącznie jeden system montażowy - uniwersalny o średnicy 48 - 60 mm. W tym stanie rzeczy nieuprawnione jest twierdzenie, że Zamawiający mógł powziąć

jakiegokolwiek wątpliwości w zakresie tego, czy oprawa Selenium SGP340 posiada dodatkowe uchwyty montażowe. Skoro zaś brak było podstaw do powzięcia wątpliwości w tym zakresie, nie było również potrzebne ich wyjaśnianie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

Odnośnie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego. Zdaniem Odwołującego zaofferowana przez Przystępującego oprawa oświetleniowa BOY3.S.70 jest niezgodna z wymogiem Zamawiającego zapisanym w Rozdz. IV zadanie 1 pkt 5 SIWZ. Argumentacja Odwołującego powołana w celu uzasadnienia tego zarzutu jest niezwykle ogólnikowa i lakoniczna. Sprowadza się ona jedynie do stwierdzenia, iż z treści oferty Przystępującego (jak można domniemywać - z części zawierającej wykres krzywej rozsyłu światłości) wynika, że maksimum światłości oprawy BOY3.S.70 przypada w granicach 45° - 60° . Tymczasem z treści przywołanego wykresu podnoszona przez Odwołującego teza wcale nie wynika. W ocenie Zamawiającego z wykresu zamieszczonego na str. 41 oferty Odwołującego należało odczytać, że maksimum światłości oprawy BOY3.S.70 w płaszczyźnie południkowej przypadało w granicach kąta 60° , co było wystarczające dla ustalenia zgodności tej oprawy z wymaganiami SIWZ. Słuszność powyższego stanowiska jednoznacznie potwierdzają informacje zawarte w Przystąpieniu. Z informacji tych jednoznacznie wynika, że zaofferowana przez Przystępującego oprawa oświetleniowa w płaszczyźnie południkowej osiąga maksimum światłości dla kąta $62,5^{\circ}$. Ewentualne wątpliwości, jakie mogłyby się pojawić w tym zakresie, rozwiewa załączona do Przystąpienia tabela mocy światła dla oprawy BOY3.S.70. Z tabeli tej wynika, że w płaszczyźnie C° - C^{180} najwyższy poziom światłości został zaobserwowany dla kąta $62,5^{\circ}$ i wynosi 423 cd (kandeli). Oznacza to, że maksimum światłości dla oprawy BOY3.S.70 mieści się w granicach od 60° do 80° - a zatem wymóg opisany przez Zamawiającego w rozdz. IV zadanie 1 pkt 5 przez oprawę BOY3.S.70 niewątpliwie został spełniony.

Odnośnie zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp. Ostatni z zarzutów podniesionych przez Odwołującego ma charakter wtórny w stosunku do zarzutów omówionych powyżej.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, ofertą Odwołującego i Przystępującego, informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, odwołaniem wraz z załącznikami, przystąpieniem wraz z załącznikami oraz odpowiedzią na odwołanie, opinią z dnia 20.08.2012 r. firmy JIMMY J. C....., J. Z..... Sp. Jawna, kopią certyfikatu wystawionego przez PREDOM-OBR, str. 25 oferty (instrukcją montażu), opinią z dnia 31.08.2012 r. dr inż. M..... G..... z Politechniki Poznańskiej, opinią z dnia 30.08.2012 r. prof. dr

hab. inż. W..... Ż..... z Politechniki Warszawskiej, kopią certyfikatu Deutschen Akkreditierungs Rat złożonymi na rozprawie przez Odwołującego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów (w tym w szczególności zarzutu wobec oferty Przystępującego z uwagi na jej cenowo korzystniejszy charakter w zadaniu 1), ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba uznała, że brak było podstaw do wezwania do uzupełnienia odwołania na podstawie art. 187 ust. 7 Pzp, z uwagi na zachowanie w odwołaniu rygorów wynikających z art. 187 ust. 1 Pzp oraz z art. 180 ust. 3 Pzp w związku z § 4 ust. 1 i 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r., Nr 48, poz. 280). Nadto, wobec prawa Odwołującego do składania dowodów do zamknięcia rozprawy (art. 190 ust. 1 Pzp). Zasadność braku wezwania potwierdziło posiedzenie, w jego toku jednoznacznie ustalono, że ewentualne uzupełnienie (z uwagi na niską jakość załączonych kopii) dotyczyłoby strony 41 oferty Przystępującego (znajdującej się w aktach postępowania przesłanych przez Zamawiającego) oraz ponowionej strony 41 oferty Przystępującego z dokonanyymi zaznaczeniami Odwołującego obrazującymi treść zarzutu z odwołania (kopia przedłożona przez Odwołującego na posiedzeniu).

Nadto, Izba oddaliła wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp z uwagi na przesłanie niekompletnej kopii odwołania bez załączników merytorycznych uzasadniających zarzuty zawarte w odwołaniu. W ocenie Izby, po zapoznaniu się przez Izbę oraz wszystkie strony i uczestnika na posiedzeniu, ze wskazanymi przez Zamawiającego załącznikami odwołania /oświadczenia producenta firmy Philips z dnia 20.08.2012 r., jaki dokumentu: „*Dowód niezgodności pomiędzy treścią SIWZ, a treścią oferty S-System*”, tzn. notatki służbowej (na str. 1) oraz wykresu stanowiącego zdjęcie ze str. 41 oferty Przystępującego (na str.2) oraz ponowionego zdjęcia ze str. 41 oferty Przystępującego z umiejscowionymi zaznaczeniami obrazującymi wymagania SIWZ oraz niezgodności, które jakoby wynikające z tego wykresu w ofercie Przystępującego/ należy stwierdzić, iż wszystkie merytoryczne załączniki odwołania nie zawierały żadnych nowych informacji niż te jakie

wynikały z treści odwołania. Dotyczy to także oświadczenia producenta, w którym są zawarte identyczne argumenty Odwołującego takie jak w odwołaniu, jak również pozostałe załączniki, w szczególności notatka oraz załączone zdjęcia oferty Przystępującego, w tym zdjęcie z wykonanymi zaznaczeniami Odwołującego.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 1828/12, postanowień SIWZ, oferty Odwołującego i Przystępującego, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, odwołania wraz z załącznikami (tzn. oświadczenia producenta firmy Philips z dnia 20.08.2012 r., jaki dokumentu: „*Dowód niezgodności pomiędzy treścią SIWZ, a treścią oferty S-System*”, tzn. notatki służbowej (na str. 1) oraz wykresu stanowiącego zdjęcie ze str. 41 oferty Przystępującego (na str.2) oraz ponowionego zdjęcia ze str. 41 oferty Przystępującego z umiejscowionymi zaznaczeniami obrazującymi wymagania SIWZ oraz niezgodności, które jakoby wynikające z tego wykresu w ofercie Przystępującego), przystąpienia wraz z załącznikami (tzn. krzywej rozsyłu światła oprawy BOY3.S.70 – str.1 , jak i tabeli mocy światła oprawy BOY3.S.70 – str. 2-3) oraz odpowiedzi na odwołanie, opinii z dnia 20.08.2012 r. firmy JIMMY J. C....., J. Z..... Sp. Jawna, kopii certyfikatu wystawionego przez PREDOM-OBR, str. 25 oferty (instrukcji montażu), opinii z dnia 31.08.2012 r. dr inż. M..... G..... z Politechniki Poznańskiej, jak i opinii z dnia 30.08.2012 r. prof. dr hab. inż. W..... Ż..... z Politechniki Warszawskiej złożonymi na rozprawie przez Odwołującego. Kopia certyfikatu Deutschen Akkreditierungs Rat złożona także na rozprawie przez Odwołującego nie została dopuszczona jako dowód w sprawie z uwagi na § 19 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r., Nr 48, poz. 280), tj. złożenie certyfikatu w j. niemieckim bez tłumaczenia na język polski.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

Zamawiający wymagał w ramach Rozdz. IV. Warunki techniczne zadanie 1 m.in. w ust. 5 SIWZ, aby: „*kąt rozsyłu strumienia światła w płaszczyźnie optycznej $C_0 \div C_{180}$*

symetryczny, maksimum światłości w granicach 60° ÷ 80°". Z kolei w ust. 7 zadanie 1 Rozdz. IV SIWZ wymagał także, aby zaoferowany produkt zawierał: „mocowanie - uchwyt montażowy umożliwiający mocowanie oprawy bezpośrednio na słupie lub poziomym wysięgniku o średnicy 42 + 60 mm. Zakres regulacji uchwytu płynny lub skokowy, w granicach od 0° do -15° przy montażu na poziomym wysięgniku oraz od 0° do +15° przy montażu na słupie". Zgodnie z Rozdz. IX Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający stwierdził, że: „Na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wymagań określonych przez Zamawiającego, Wykonawca dołączy do oferty następujące dokumenty i Oświadczenia:”. Na str. 9 SIWZ Rozdz. IX zawarł postanowienie zgodnie z którym: „W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, wymaga się dołączenia przez Wykonawcę wraz z ofertą na dostawę opraw oświetleniowych wymienionych w zadaniach nr 1, 2 następujących dokumentów:

- 1. deklaracja zgodności CE dla źródeł światła wystawiona przez producenta lub upoważnionego przedstawiciela,*
- 2. deklaracja zgodności CE dla oprawy oświetleniowej (rodziny opraw) wystawiona przez producenta lub upoważnionego przedstawiciela,*
- 3. certyfikat ENEC lub równoważny (dotyczy wszystkich oferowanych opraw) potwierdzające spełnienie wymagań zasadniczych określonych w normie PN-EN 80598-1,*
- 4. karta katalogowa zawierająca co najmniej następujące informacje:*
 - a) fotografie oprawy,*
 - b) opis konstrukcji oprawy (dane o obudowie, odbłyśniku, kloszu, wyposażeniu elektrycznym, osprzęcie),*
 - c) stopień ochrony przed wnikaniem pyłu i wody (IP),*
 - d) stopień wytrzymałości na uderzenia (IK),*
 - e) klasę ochronności przed porażeniem elektrycznym,*
 - f) rodzaj stosowanych źródeł światła,*
 - g) sprawność świetlną,*
 - h) krzywe rozsyłu światła w płaszczyznach CO-C180 oraz C90-C270 (wykres o rozmiarach co najmniej 10cm x 10cm z krzywymi wyraźnie rozróżnialnymi - kolorem lub rodzajem linii oraz z naniesionym opisem osi co najmniej co 15 stopni),*
- 5. karta montażowa oprawy (przedstawiająca rysunki poglądowe zawierające co najmniej sposób montażu oprawy i sposób wymiany źródła światła).”*

Odwołujący w ramach formularza ofertowego w zakresie m.in. zadania 1 wskazał oprawy oświetleniowe firmy Philips zawierające w ramach swojego oznaczenia wymiar

48/60. Nadto załączył do oferty kopie certyfikatu wystawionego przez PREDOM-OBR (str. od 12 do 15 oferty), instrukcje montażu opraw Selenium SGP340 (str. od 24 do 25 oferty), jak i odpowiednie karty katalogowe (od str. 26 do 32 oferty). Na str. 26, jak i następnych znajduje się informacja, że montaż 48/60 (Uniwersalny o średnicy 48-60 mm). Z kolei w ramach instrukcji na str. 25 oferty – rysunek 3 w tabeli znajdują się wymiary 34-42 mm oraz 48-60 mm.

Przystępujący z kolei zawarł sporny wykres - Krzywej rozsyłu światła (biegunowo) /na str. 41 oferty/ w ramach programu DIALux. Kwestia wymaganego punktu maksimum światłości oscyluje na wykresie między nieco przed i po 60 °.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, Izba uznała niniejszy zarzut za chybiony.

W ocenie Izby, stanowisko Odwołującego wynikające z odwołania i przedstawione na rozprawie jest błędne, zaś Zamawiający zasadnie odrzucił jego ofertę. Zgodnie z Rozdz. IV ust. 7 SIWZ – zadanie 1 - należało zaoferować uchwyt montażowy umożliwiający mocowanie oprawy bezpośrednio na słupie lub poziomym wysięgniku o średnicy 42÷60 mm. Odwołujący zaoferował oprawy oświetleniowe Selenium firmy Philips typu wskazanego w formularzu ofertowym dla zadania 1 (str.1-2 oferty) oraz na kartach katalogowych (str. od 26 do 32 oferty). Z tych ostatnich wynika jednoznacznie (przykładowo ze str. 26 oferty), że mamy do czynienia z uchwytem montażowym uniwersalnym o średnicy od 48 do 60 mm, czyli odpowiednim do słupów o tych wymiarach. Izba nie przeczy, że ofertę należy analizować kompleksowo, jednakże instrukcja montażu (str. 24-25 oferty), a w szczególności rysunek 3 – tabela ze str. 25 oferty, czy też certyfikat ze str. 12 do 15 oferty nie dają żadnych podstaw do uznania, że zaoferowano także Zamawiającemu oprawy oświetleniowe Selenium typu uwzględniającego wymiary słupa 34-42 mm, a w konsekwencji, iż zaoferowano uchwyt dodatkowy montażowy o średnicy 34-42 mm. Z certyfikatu wynika bezsprzecznie, że mamy do czynienia z dwoma oddzielnymi produktami (wbrew stanowisku Odwołującego z rozprawy) uwzględniającymi wymiary słupa 48-60 mm oraz 34-42 mm, zaś z oferty wynika bezsprzecznie, że zaoferowano jeden produkt uwzględniający wymiary słupa 48/60. W żadnym wypadku nie chodzi tylko i wyłącznie o nazwy handlowe, w przeciwnym wypadku niecelowym działaniem byłoby ich wyodrębnienie w ramach załączonego certyfikatu. Złożone na rozprawie certyfikat i instrukcja stanowią element oferty (zostały załączone do oferty), tak jak zostało to wskazane powyżej (tzn. świadczą o tym co zostało powyżej stwierdzone). Odnosnie instrukcji, że swej istoty musi ona odnosić się do obu produktów (mieć charakter uniwersalny) przy czym, w tym stanie faktycznym nie przesadza

o zaoferowaniu także opraw drugiego typu, a w konsekwencji stosownych uchwytów montażowych o średnicy 34-42 mm. Załączona opinia firmy montażowej - JIMMY J. C....., J. Z..... Sp. Jawna nie ma *de facto* żadnej mocy dowodowej dla przedmiotu sporu, gdyż oprawy, a w konsekwencji uchwyty mniejsze niż 48 mm nie zostały zaoferowane. Dodatkowo, Izba uznała, że w ust. 7 Rozdz. IV SIWZ – zadanie 1 - chodzi o pełny zakres (słup lub wysięgnik o średnicy 42÷60 mm), w konsekwencji uznaje całą argumentację Zamawiającego z rozprawy odnośnie uchwytów montażowych w zakresie słupów lub wysięgników o średnicy między 43-47 mm. Drugie zdanie niniejszego ustępu Rozdz. IV SIWZ dotyczy zmiany nachylenia poziomego. W zakresie przywołanej przez Odwołującego argumentacji dotyczącej poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tak z 2009 r., jak i unieważnionego w VI br.), Izba wskazuje, że każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter indywidualny i autonomiczny, nadto Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie tożsamości postanowień SIWZ oraz jego oferty w obu postępowaniach.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, Izba uznała zarzut za niepotwierdzony.

Należy wskazać, że brak było w ofercie Odwołującego, jakichkolwiek podstaw do wezwania do wyjaśnień. Nadto, w ocenie Izby, ewentualne wyjaśnienia wiązałyby się *de facto* ze zmianą treści oferty po terminie składania ofert, z uwagi na konieczność poszerzenia pierwotnie zaoferowanego typu oprawy oświetleniowej. Nawet, przyjęcie odmiennego stanowiska, tj. zaoferowanie tylko dodatkowych uchwytów bez opraw także wiązałoby się z istotną zmianą treści oferty. Dopuszczalność takich działań byłoby co najmniej problematyczna.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego o treści sprzecznej z SIWZ, Izba uznał niniejszy zarzut także za chybiony.

Po pierwsze, Odwołujący nie wykazał w sposób jednoznaczny swoich twierdzeń. Przedłożone opinie, nawet mimo swoich akademickich źródeł mają charakter opinii prywatnych i nie mają waloru takiego, jak opinie powołanego biegłego. Załączony z kolei certyfikat przedłożono bez tłumaczenia, co powoduje negatywne skutki w zakresie jego wartości dowodowej.

Po drugie, parametr będący przedmiotem sporu z ust. 5 Rozdz. IV SIWZ – zadanie 1 – maksimum światłości w granicach 60°÷80°, w odróżnieniu od parametru z ust. 7 Rozdz. IV SIWZ – zadanie 1, chodzi, w tym wypadku, o jeden maksymalny punkt znajdujący się

w wyznaczonych granicach. W ocenie Izby, użyty znak w obu wypadkach nie może być w sposób mechaniczny interpretowany tożsamo bez odniesienia do całokształtu fragmentów SIWZ, których dotyczy. Przy czym, abstrahując od sporu, czy jest to 60°, czy też 62,5°, Izba wskazuje, że wartość 60° jest wartością początkową przyjętych granic i także się w ich mieści. Odnośnie, zaś ostatecznej wartości 60°, czy też 62, 5° należy wskazać, że Odwołujący przyznał na rozprawie, że przedłożone opinie prywatne nie uwzględniają przyjętych danych wyjściowych załączonych do przystąpienia, mimo, że nie kwestionował skuteczności przystąpienia na posiedzenia z uwagi na brak ich załączenia do kopii, którą otrzymał. Powyższe także wpływa negatywnie na ich walor dowodowy. Argumentacja Przystępującego wraz z załączonymi do przystąpienia danymi tabelarycznymi uwiarygodnia w sposób dostateczny, w ocenie Izby, zgodność oferty Przystępującego w zakresie parametrów z ust. 5 Rozdz. IV SIWZ – zadanie 1.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i uznanie za najkorzystniejszą oferty wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona, wobec oddalenia pozostałych zarzutów także należy oddalić.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący :

.....